

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

A Lei de Abuso de Autoridade: o tipo do art. 27 e a transição entre juízos de valor provisórios e definitivos

Emerson Garcia*

Sumário

1. Aspectos introdutórios. 2. O delineamento do indício. 2.1. Juízos de fato e de valor no processo de delineamento do indício. 3. A sindicabilidade do processo formativo do indício e o tipo do art. 27 da Lei nº 13.869/2019. 4. A necessidade de fundamentação da requisição e da instauração de investigação. Epílogo. Referências bibliográficas.

1. Aspectos introdutórios

A Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, dispôs sobre os crimes de abuso de autoridade, revogou o diploma normativo que até então tratava da temática, a Lei nº 4.898/1965, e ainda alterou outras leis. Ao tratar dos sujeitos ativos em potencial desses crimes, fez menção expressa aos membros do Ministério Público (art. 2º, VI), que podem ser enquadrados nos tipos penais ali previstos.

Antes de dispor sobre a tipologia das infrações penais que veicula, a Lei nº 13.869/2019 estabeleceu três elementares disjuntivas e uma excludente de ilicitude. As elementares foram veiculadas no §1º do art. 1º, exigindo-se, para a configuração do crime, que a conduta seja praticada (1) com a finalidade específica de prejudicar outrem; ou (2) com a finalidade de beneficiar a si mesmo ou a terceiro; ou (3) por mero capricho ou satisfação pessoal. A excludente, por sua vez, foi contemplada no §2º, sendo afastada a configuração do crime no caso de divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas, o que se mostra particularmente relevante para se evitar o surgimento do *"crime de hermenêutica"*.

Na tipologia propriamente dita, além do elemento subjetivo do tipo, invariavelmente o dolo, acompanhado, ou não, do objetivo de alcançar uma finalidade específica, a Lei nº 13.869/2019 utiliza, em profusão, os denominados elementos normativos. É o que se verifica, por exemplo, com o seguinte tipo penal:

* Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em *Education Law and Policy* pela *European Association for Education Law and Policy* (Antuérpia – Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Consultor Jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça e Diretor da Revista de Direito. Consultor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Membro Honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

Art. 27. Requisitar instauração ou instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Não há crime quando se tratar de sindicância ou investigação preliminar sumária, devidamente justificada.

Lê-se, no art. 27, *caput*, a menção “à falta de qualquer indício”. Nesse caso, é evidente o juízo valorativo a ser realizado pelo membro do Ministério Público ao analisar a presença de indícios para promover uma investigação. A questão a ser enfrentada diz respeito às situações em que o crime estará configurado, considerando a excludente de ilicitude do §2º do art. 1º, que afasta essa possibilidade na hipótese de divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas.

Para identificarmos o real alcance desse preceito, é relevante analisarmos o processo formativo do indício, considerando os juízos de fato e de valor que lhe são característicos, e o seu potencial de sindicabilidade, em especial para fins de responsabilização penal.

2. O delineamento do indício

Na sistemática processual, o indício é a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autoriza, por indução, concluir-se pela existência de outra ou outras circunstâncias. Na percepção de Nicola Framarino Dei Malatesta, o Mestre das Provas, trata-se de modalidade de prova indireta direcionada pelo raciocínio indicativo, à luz do princípio da causalidade¹. O indício pressupõe a existência do fato indicante e do fato indicado, estando o último existencialmente vinculado ao primeiro.

O fato indicante consubstancia a coisa conhecida, aquela que deflagra o raciocínio do operador. A sua aptidão para provar a existência da coisa desconhecida, o fato indicado, é estabelecida pela natureza ou pelas regras de experiência, que permitem o surgimento da relação de causalidade entre o conhecido e o desconhecido. O fato indicante pode manifestar-se como fato interno da consciência ou fato externo do mundo: no primeiro caso, embora dê causa ao processo formativo da realidade, não se materializa nessa mesma realidade, o que permite a sua consideração à luz do elemento subjetivo do agir, mas compromete a sua eficácia probatória; no segundo caso, o do fato externo, tem-se uma “potência causativa”, presente na realidade, que pode estar associada a determinado efeito. A identificação do fato indicante é

¹ *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*, vol. I. Trad. de SILVERBERG, Waleska Giroto. São Paulo: Conan Editora Ltda., 1995, p. 213.

indispensável ao processo argumentativo de natureza probatória. A não ser assim, não se apresentará a relação de causalidade que culmina com o fato indicado.

2.1. Juízos de fato e de valor no processo de delineamento do indício

O processo intelectual dirigido ao delineamento do indício principia pelo conhecimento do fato ao qual possa ser atribuído esse *status*, o de prova indireta. Nesse momento, realiza-se um juízo de fato, por meio do qual a realidade é apreendida pelos sentidos. Serão realizados tantos juízos de fato quantos forem os acontecimentos que, *prima facie*, despertem a atenção do intérprete, ostentando alguma relevância jurídica. Juízos de fato dissociados da realidade podem estar ligados à falta de atenção ou de percepção, indicativos do erro, ou mesmo ao deliberado propósito de se criar algo inexistente, elemento característico do dolo.

A correção, ou não, do juízo de fato realizado é plenamente cognoscível e sindicável por um observador externo. Afinal, a sua funcionalidade básica é a de reproduzir a realidade, o que exige o uso dos sentidos, sempre sob os auspícios da razão.

O juízo de fato cede lugar ao juízo de valor na operação realizada no momento seguinte, na qual é delineada a relação de causalidade construída a partir do juízo de fato inicial. Essa operação é marcadamente experimental, de modo que os fatos disponíveis são avaliados como parte do processo seletivo de individualização do fato indicante, os quais buscam identificar aqueles que assumirão esse *status*. Essas avaliações promovem a construção mental das relações de causalidade possíveis, não se devendo descartar a possibilidade de termos múltiplas relações dessa natureza a partir de um mesmo fato inicial. Atrelada à relação de causalidade, tem-se a individualização do fato indicado. Tais operações estarão associadas a um juízo de valor por parte do intérprete, juízo este que pode variar em intensidade.

Diz-se que o juízo de valor, inerente às operações subsequentes à identificação do fato inicial, pode variar em intensidade por uma razão muito simples, associada ao próprio valor do indício.

O valor do indício, de acordo com Malatesta², pode apresentar-se de duas maneiras: necessário, quando revela uma certeza a respeito de determinado efeito, indicativo de que os motivos convergentes a determinada tese superam por completo os divergentes, o que permite falar em uma relação de causalidade constante; e contingente, quando essa relação de causalidade caracteriza uma probabilidade, na qual os motivos convergentes superam os divergentes, mas não dão origem à primazia inerente à certeza.

É factível que o indício contingente não tem a mesma força probatória do indício necessário. Enquanto este último sempre estará associado a certo efeito, o caráter ocasional do primeiro, caso concebido de modo isolado, desacompanhado

² A *Lógica das Provas...*, p. 219.

de outra prova, não assegura a presença do efeito. Como essa presença não é certa, não há como se afirmar que ele realmente se projetou na realidade.

Como dissemos, no indício necessário é alcançado um juízo de certeza a respeito do fato indicado, o que bem demonstra que as divergências, caso existentes, tendem a manifestar-se em relação ao juízo de fato inicial, a exemplo da sua inexistência, não ao juízo de valor. Afinal, aquilo que pode conduzir à certeza está ontologicamente associado a pouca ou nenhuma força da divergência. Tivesse força a divergência, falaríamos, conforme o caso, em verossimilhança ou em probabilidade, não em certeza. Para que essa certeza seja alcançada, a intensidade da constatação, na maioria dos casos, tende a superar a da valoração, ainda que esta última seja inevitavelmente realizada.

Já no indício contingente, no qual o fato indicado se apresenta no plano da probabilidade, é evidente que o juízo de valor assumirá singular importância e as divergências tendem a ser potencializadas. Essas divergências se apresentam não só quanto à existência do indício propriamente dito como também em relação à sua utilização, considerando as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto.

Embora o juízo de valor seja sindicável, o é em intensidade bem inferior àquela inerente ao juízo de fato. Enquanto este último se ajusta ao binômio *certo* ou *errado*, aquele mais se afeiçoa ao binômio *defensável* ou *indefensável*. Ainda que a indefensabilidade possa se aproximar do errado, com ele não se identifica. O errado é a antítese do paradigma de correção, que somente se apresenta, em toda a sua intensidade, no indício necessário, não no contingente. Neste último, tem-se a probabilidade, que tende a atrair a construção oferecida por Phillippe Heck a respeito dos conceitos jurídicos indeterminados. De acordo com Heck, esses conceitos teriam um núcleo fixo (*Begriffkern*) ou zona de certeza e um halo conceitual (*Begriffshof*) ou zona de dúvida, vago e nebuloso³. O núcleo do conceito é constituído de premissas seguras, enquanto que, no halo conceitual, região de natureza periférica ao núcleo, não existe uma certeza prévia, permitindo a extensão ou a retração da ideia nuclear do conceito. Ao transpormos essa concepção para o plano do indício contingente, observamos ser perfeitamente possível termos uma zona de certeza a respeito de sua existência ou inexistência, e um halo conceitual, na qual há fundada dúvida quanto à sua essência e extensão.

Qualquer que seja o modo de interação entre os discursos axiológico e normativo, o juízo de valor não pode surgir e se exaurir em uma dimensão de puro subjetivismo, submetido, tão somente, ao imaginário do intérprete. É imprescindível que seja obtido a partir do contexto, sob pena de o agente transitar da *valoração* para o *arbitrio*. É justamente essa constatação que legitima a identificação de zonas de certeza negativa no processo de individualização do indício contingente, nas quais é argumentativamente indefensável a tese de que o indício efetivamente existe.

³ *Gesetzesauslegung*, p. 173, *apud* ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico (*Einführung in das Juristische Denken*). Trad. de J. Baptista Machado. 8ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 209.

3. A sindicabilidade do processo formativo do indício e o tipo do art. 27 da Lei nº 13.869/2019

Ao direcionarmos nossa atenção ao tipo penal do *caput* do art. 27 da Lei nº 13.869/2019, observamos que suas elementares estão presentes nas ações de “requisitar instauração” ou “instaurar” procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém. Embora pratique as ações do tipo, a conduta do agente somente será alcançada pela norma incriminadora quando configurado o seu elemento normativo, presente na expressão “à falta de qualquer indício” da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa. Naquilo que se relaciona à atuação do Ministério Público, tem-se a apuração de infrações penais, embora a Instituição também possa requisitar a instauração de procedimento administrativo para apurar os ilícitos referidos na Lei nº 8.429/1992 (art. 22) ou mesmo instaurar procedimento dessa natureza no âmbito interno, em relação aos seus membros.

Avaliações a respeito da presença do indício, como é intuitivo, são realizadas em caráter eminentemente provisório pelo membro do Ministério Público, sendo factível a possibilidade de não serem chanceladas pelo Poder Judiciário, o que pode ocorrer *ab initio*, com o trancamento da investigação, via *habeas corpus* ou mandado de segurança, ou, em se tratando de ação já ajuizada, com o indeferimento da petição inicial, ou *ad finem*, por ocasião da prolação da decisão final pelo órgão jurisdicional competente. Essas ocorrências se apresentam diariamente, o que, a partir da vigência da Lei nº 13.869/2019, pode servir de estímulo à vindicta por aqueles que se vejam envolvidos nos atos funcionais a cargo da Instituição.

A avaliação a respeito da presença do indício há de se desenvolver no plano da racionalidade, estando alicerçada nos referenciais de argumentação, universalização e falibilidade.⁴

O discurso do membro do Ministério Público estará alicerçado em bases argumentativas de natureza livre, fruto da dinâmica social e do próprio processo de apreensão da realidade. Liberdade argumentativa não é o mesmo que indiferença ao entorno. O agente deve ser movido pela preocupação de compatibilizar o seu percurso valorativo com a preservação da “intersubjetividade”.⁵ Em outras palavras, as conclusões alcançadas devem, tendencialmente, ser recepcionadas pelos demais componentes do grupamento quando todos os fatores relevantes, colhidos no contexto, sejam devidamente considerados e ponderados. Nesse caso, seria possível considerar que uma grande zona de convergência se formaria entre aqueles que realizassem o mesmo juízo valorativo.⁶

A penetração de juízos de valor no processo argumentativo exige, do operador do direito, a busca pelo enquadramento de suas decisões em certos paradigmas

⁴ Cf. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito (Rechtsphilosophie)*. Trad. de Antônio Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 428-431.

⁵ Cf. POPPER, Karl. *The logic of scientific discovery*. 2ª ed. New York: Harper Torchbooks, 1968, p. 44 e ss.

⁶ Cf. KAUFMANN. *Filosofia...*, p. 429.

universalizáveis. A ideia de universalização pode ser concebida sob a ótica dos objetos ou dos expectadores externos. No primeiro caso, aponta para um referencial de coerência, exigindo que o tratamento axiológico dispensado a certos objetos, à luz dos mesmos circunstancialismos, seja uniforme, sem qualquer fratura ou discriminação. No segundo, exige que os demais participantes do processo de comunicação normativa possuam uma identidade cultural que comungue dos mesmos valores prestigiados pelo intérprete. Esse tipo de atividade, que se enquadra sob a epígrafe mais ampla do discurso moral,⁷ conquanto seja influenciada pelo subjetivismo do intérprete, não pode ser absorvida pela sua arbitrariedade.

Qualquer juízo de valor, por ser influenciado pela pré-compreensão do operador a respeito dos fatos da vida e pelos distintos aspectos afetos à sua formação, sempre poderá tangenciar a linha imaginária da falibilidade. Essa possibilidade torna-se ainda mais plausível nas situações em que o sistema é estruturado de modo que esse juízo de valor deva ser reavaliado por sucessivos juízos de valor, todos influenciados pelas características pessoais de cada operador, que pode ser um indivíduo ou um colegiado. Quando esses juízos de valor são realizados por ocasião do delineamento das normas jurídicas, é natural que a sua contínua construção contribua para a sedimentação da essência dos padrões normativos, inclusive daqueles de natureza principiológica, cuja abertura semântica é compensada por esse conhecimento adquirido. Nesse caso, a falibilidade tende a ser reduzida. Tratando-se de valorações fáticas, que apresentam especificidades em cada caso concreto, a falibilidade se apresenta em toda a sua intensidade. Afinal, enquanto as normas jurídicas formam comandos gerais, vocacionados à aplicação a inúmeras situações, nas valorações fáticas preponderam as peculiaridades de cada caso concreto.

Para a configuração do elemento normativo referido no *caput* do art. 27 da Lei nº 13.869/2019, é imperativo que seja identificada a *"falta de qualquer indício"*. Parece correto afirmar que tanto estaremos perante essa falta quando não existir indício algum, como quando o indício existente não estiver vinculado àquele ilícito em particular, quer por dizer respeito a fato diverso, quer por estar relacionado a autor distinto. Outro aspecto digno de nota é o de que o enunciado linguístico *"qualquer indício"* também pode ser interpretado no sentido de partícula mínima de prova, quer direta, quer indireta.

O que se exige é que haja alguma justificativa no plano probatório para que a investigação seja instaurada em *"desfavor de alguém"*. Esse aspecto evidencia que, para fins de configuração da infração penal, a requisição ou a instauração da investigação deve ser direcionada a alguma pessoa, que é vinculada, ainda que em caráter preliminar e provisório, ao ilícito. Portanto, não há que se falar na configuração do tipo do art. 27 quando se tiver notícia da infração penal, mas a autoria for desconhecida, tendo a

⁷ O universalismo, como realçado por Walker, parte da premissa de que a nossa melhor prática moral somente pode ser construída por meio de um processo social e em resposta a problemas afetos à organização coletiva [The burden of universalism. In: BANKOWSKI, Zenon; MACLEAN, James (Org.). *The universal and the particular in legal reasoning*. Hampshire: Ashgate, 2006, p. 53 (62)].

investigação o objetivo de elucidá-la. Essa situação é substancialmente distinta daquela em que uma pessoa é investigada com o objetivo de se descobrir se praticou alguma infração penal, cuja existência, até então, não era corroborada por “qualquer indício”.

A avaliação a respeito da presença de “qualquer indício” pode ser objeto de sindicância sob o prisma do juízo de fato. Em outras palavras, existe um fato ao qual possa vir a ser atribuído o *status* de fato indicante? A resposta a esse questionamento é suscetível de ampla e plena sindicância. No que diz respeito aos questionamentos subsequentes, vale dizer, se o fato cuja existência é reconhecida apresenta uma relação de causalidade com outro fato, o indicado, bem como se o fato indicado apresenta correlação probatória com o crime, o ilícito funcional ou a infração administrativa investigada, estaremos no plano do juízo de valor.

No âmbito do juízo de valor, incidirá a excludente do §2º do art. 1º, que afasta a configuração do crime no caso de divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas. O processo formativo do indício exige justamente uma avaliação a respeito dos fatos conhecidos, que podem apresentar uma relação de causalidade com outros fatos, até então desconhecidos. Mesmo o indício contingente, que pode estar lastreado num juízo de valor “indefensável”, o que aponta para a sua imprestabilidade no caso concreto, será alcançado pela excludente de ilicitude. Esse foi o ponto de equilíbrio encontrado pela norma. Afinal, fosse permitida a criminalização da avaliação realizada pelos órgãos competentes, correr-se-ia o sério risco de o interesse público restar comprometido com a retração de sua atuação.

4. A necessidade de fundamentação da requisição e da instauração de investigação

Considerando o teor do elemento normativo do tipo do *caput* do art. 27 da Lei nº 13.869/2019, é de todo aconselhável que tanto a requisição como a instauração de investigação sejam devidamente fundamentadas, indicando os elementos probatórios iniciais que as justificam.

Nesse momento, vem à tona a situação jurídica das narrativas encaminhadas às autoridades de maneira anônima, o que tende a crescer de modo proporcional ao fortalecimento do crime organizado. A Convenção das Nações Unidas de Combate à Corrupção, de 2003, dispôs, em seu art. 33, sobre a necessidade de serem adotadas medidas de proteção às pessoas que, de boa-fé e com motivos razoáveis, noticiem às autoridades competentes os ilícitos ali previstos. Trata-se, nesse caso, do *whistleblower*, indicando, em sua literalidade, o “soprador de apito”.

Diversamente do mero popular, que tem contato acidental com o ilícito e realiza as devidas comunicações à autoridade competente, o *whistleblower* costuma ser visto como um *insider*, que toma conhecimento do ilícito em seu lugar de atuação regular, mas não é um coautor em busca de benefícios pessoais, distinguindo-se, desse modo, do colaborador premiado. Sua posição jurídica tende a ser reforçada

na medida em que seja alcançada por medidas protetivas, direcionadas a si ou à sua família, inclusive no ambiente trabalhista, e lhe é assegurada uma recompensa.

No direito norte-americano, o oferecimento de recompensas dessa natureza remonta ao *False Claims Act*, de 1863, também conhecido como *Lincoln Law*, que cominava penalidades às pessoas e companhias que fraudassem programas governamentais e ainda assegurava ao colaborador uma porção, que normalmente variava entre 15 e 25%, dos valores recuperados.

No direito brasileiro, foi previsto na Lei nº 13.608/2018, cujo art. 4º dispôs que “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no âmbito de suas competências, poderão estabelecer formas de recompensa pelo oferecimento de informações que sejam úteis para a prevenção, a repressão ou a apuração de crimes ou ilícitos administrativos”. A mesma sistemática fora introduzida no art. 4º, VI e VII, da Lei nº 10.201/2001, sendo prevista, além da garantia de sigilo, a premiação em dinheiro para a resolução de crimes. Este último diploma legal foi revogado pela MP nº 841/2018, que dispôs sobre o Fundo Nacional de Segurança e encampou o mecanismo no art. 5º, IX e X, tendo tido a sua vigência encerrada.

A mera narrativa anônima, desacompanhada de qualquer elemento probatório, não poderá justificar a realização de atos de investigação em “*desfavor de alguém*”. No entanto, parece não obstar apurações direcionadas à aferição da existência de fatos que possam ser considerados ilícitos e que não sejam imediatamente vinculados a uma pessoa em particular. Note-se que a excludente do parágrafo único do art. 27 é direcionada justamente às situações em que seja identificada a vinculação de uma pessoa ao fato objeto de apuração. De acordo com esse preceito, “*não há crime quando se tratar de sindicância ou investigação preliminar sumária, devidamente justificada*”. Como, tendencialmente, buscar-se-á obstar a investigação penal sob o argumento de que encobre o direcionamento a uma pessoa em particular, sempre que possível deve ser realizada a investigação preliminar sumária a que se refere o comando legal, que pode ser, inclusive, objeto de requisição do Ministério Público.

Epílogo

O tipo penal veiculado pelo art. 27 da Lei nº 13.869/2019, a exemplo de qualquer norma incriminadora, tem por objetivo preservar o bem jurídico tutelado, não o de gerar um dano inverso para a coletividade, inviabilizando a proteção de outros bens jurídicos igualmente tutelados pelo sistema.

A atividade intelectual direcionada à identificação da presença de indícios que justifiquem a requisição ou a instauração de uma investigação, pelos órgãos públicos, em desfavor de outrem, transita do juízo de fato para o juízo de valor. Enquanto o juízo de fato é plenamente sindicável, pois associado à existência do fato ao qual se atribui relevância jurídica, o juízo de valor realizado nas operações subsequentes, associadas à identificação da relação de causalidade e à individualização do fato indicado, será insindicável por força da excludente de ilicitude do §2º do art. 1º do

referido diploma normativo, o que afasta a possibilidade de serem consideradas para fins de caracterização do ilícito penal.

Referências bibliográficas

ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico (*Einführung in das Juristische Denken*). Trad. de J. Baptista Machado. 8ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GARCIA, Emerson. *Conflito entre Normas Constitucionais*. Esboço de uma Teoria Geral. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Interpretação Constitucional*. A Resolução das Conflitualidades Intrínsecas da Norma Constitucional. São Paulo: Atlas, 2015.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito (Rechtsphilosophie)*. Trad. de António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *Lógica das Provas em Matéria Criminal*, vol. I. Trad. de SILVERBERG, Waleska Giroto. São Paulo: Conan Editora Ltda., 1995.

POPPER, Karl. *The logic of scientific discovery*. 2ª ed. New York: Harper Torchbooks, 1968.

WALKER, Neil. The burden of universalism. In: BANKOWSKI, Zenon; MACLEAN, James (Org.). *The universal and the particular in legal reasoning*. Hampshire: Ashgate, 2006, p. 53 (62).